

НАРОДНИЙ ДЕПУТАТ УКРАЇНИ

Поштова адреса: 01008, м. Київ, вул. Грушевського, 5.

№ 1/12-2017 **«12» грудня 2017 р.**

КОНСТИТУЦІЙНИЙ СУД УКРАЇНИ
(01033, Київ, вул. Жилянська, 14)

Суб'єкт права на конституційне подання:
59 (п'ятдесят дев'ять) народних депутатів України

Представники суб'єкта правана конституційне подання:

Народний депутат України
Пинзеник Павло Васильович,
01008, Україна, м. Київ, вул. Грушевського, 5,
Телефон +38(044) 255-44-99
Ел. пошта: Pynzenyk.Pavlo@rada.gov.ua,

Адвокати:

Федоришин Олександр Олександрович
04119, Україна, м. Київ,
Шевченківский р-н.,
вул. Деревлянська (Якіра), 8, оф. 64,

Ел. пошта: ol.fedoryshyn@gmail.com

Губерський Анатолій Станіславович
02099, Україна, м. Київ, Дарницький р-н.,
вул. Російська, 58, літера А, кв. 116,

Ел. пошта: Aguberskiy@i.ua

Живаго Олександр Леонідович
01032, Україна, м. Київ, Голосіївський р-н.,
вул. Саксаганського 69, оф. 17,

Ел. пошта: alexzivago@yahoo.com

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПОДАННЯ
щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального Кодексу України

Відповідно до статей 147, 150, 152 Конституції України від 28 червня 1996 року № 254к/96-ВР (Відомості Верховної Ради України від 23.07.1996 р., № 30, ст. 141, пункту 1 частини першої статті 7, пункту 1частини першої, частини другої статті 51, статті 52Закону України «Про Конституційний Суд України» від 13 липня 2017 року № 2136-VIII (Відомості Верховної Ради (ВВР), 2017, № 35, ст.376) суб'єкт права на конституційне подання – **59 (п'ятдесят дев'ять)** народних депутатів України – звертається до Конституційного Суду України з конституційним поданням щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального Кодексу України від 05 квітня 2001 року №2341-III (Відомості Верховної Ради України від 29.06.2001 – 2001 р., № 25).

Суб'єкт права на конституційне подання звертається до Конституційного Суду України у зв'язку з необхідністю перевірки на відповідність Конституції України статті 368-2 Кримінального Кодексу України, а саме:

«Стаття 368^{-2}. Незаконне збагачення.

1. Набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у власність активів у значному розмірі, законність

підстав набуття яких не підтверджено доказами, а так само передача нею таких активів будь-якій іншій особі -

караються позбавленням волі на строк до двох років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років з конфіскацією майна.

2. Ті самі діяння, вчинені службовою особою, яка займає відповідальне становище, -

караються позбавленням волі на строк від двох до п'яти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років з конфіскацією майна.

3. Діяння, передбачені частиною першою цієї статті, вчинені службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище, -

караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років з конфіскацією майна.

Примітка. 1. Особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, є особи, зазначені у пункті 1 частини першої статті 3 Закону України "Про запобігання корупції".

2. Під активами у значному розмірі у цій статті розуміються грошові кошти або інше майно, а також доходи від них, якщо їх розмір (вартість) перевищує одну тисячу неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

3. Під передачею активів у цій статті розуміється укладення будь-яких правочинів, на підставі яких виникає право власності або право користування на активи, а також надання іншій особі грошових коштів чи іншого майна для укладення таких правочинів».

Суб'єкт права на конституційне подання вважає, що стаття 368-2 Кримінального кодексу України не відповідає окремим положенням **Конституції України**, а саме: **статті 1**, яка визначає, що Україна – правова держава; **частині другій статті 3,** згідно з якою зміст і спрямованість діяльності держави визначають права і свободи людини та їх гарантії; утвердження і

забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави; **частинам першій, другій статті 8**, яка визначає, що в Україні визнається і діє принцип верховенства права; Конституція України має найвищу юридичну силу; закони та інші правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй; **статті 58**, яка визначає, що закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи; ніхто не може відповідати за діяння, які на час їх вчинення не визнавалися законом як правопорушення; **частині першій статті 61**, якою передбачено, що ніхто не може бути двічі притягнений до юридичної відповідальності одного виду за одне й те саме правопорушення; **статті 62**, яка визначає, що особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду; ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні злочину; обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях; усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь; **частині першій статті 63**, яка визначає, що особа не несе відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів, коло яких визначається законом; **частині першій статті 64**, згідно з якою конституційні права і свободи людини і громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією України; **пунктам 1, 3 частини другої статті 129**, яка встановлює основні засади судочинства, зокрема, рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом; змагальність сторін та свободу в наданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості.

Відповідно до вимог частини третьої статті 51 Закону України «Про Конституційний Суд України» наводимо правове обґрунтування тверджень щодо неконституційності статті 368-2 Кримінального кодексу України.

1. Статтею 368-2 Кримінального кодексу України встановлено кримінальну відповідальність за набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у власність активів у значному розмірі, законність підстав набуття яких не підтверджено доказами, а так само передача нею таких активів будь-якій іншій особі. Зі змісту зазначеної статті вбачається, що особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, повинна підтверджувати доказами підстави набуття у власність грошових коштів чи іншого майна, а також доходів від них, якщо їх розмір (вартість) перевищує одну тисячу неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, тобто доводити законність підстав набуття у власність активів. Якщо ж особа не може надати доказів законності підстав отримання грошових коштів, іншого майна тощо у власність, то її може бути притягнено до відповідальності за незаконне збагачення.

Однак, таке правове регулювання не узгоджується з вимогами частин першої, другої статті 62 Конституції України. Згідно з конституційним принципом презумпції невинуватості особа вважається невинуватою у вчиненні злочину, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду (частина перша статті 62 Основного Закону України). Конституційне право на презумпцію невинуватості є абсолютним, оскільки Конституція України не передбачає жодного винятку з цього права. Отже, в законах України не може бути передбачено таких винятків, зокрема, щодо кримінальної відповідальності за незаконне збагачення.

Презумпція невинуватості є основоположним елементом у сфері прав і свобод людини, який захищається всіма основними міжнародними документами. Зокрема, у частині першій статті 11 Загальної декларації прав людини від 10 грудня 1948 року передбачено, що кожна людина, обвинувачена у вчиненні злочину, має право вважатися невинною доти, поки її винність не буде встановлена в законному порядку шляхом прилюдного судового розгляду, при якому їй забезпечать усі можливості для захисту. Аналогічні норми містяться у частині другій статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних

свобод від 4 листопада 1950 року, згідно з якою кожен, кого обвинувачено у вчиненні кримінального правопорушення, вважається невинуватим доти, доки його вину не буде доведено в законному порядку.

Натомість, зі статті 368-2 Кримінального кодексу України вбачається, що обвинувачена у незаконному збагаченні особа вважається винною, поки не доведе свою невинуватість доказами законності підстав набуття активів у значному розмірі у власність.

Презумпція невинуватості у Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод розглядається як складова права на справедливий суд. Таким чином, не забезпечення презумпції невинуватості формулюванням складу незаконного збагачення у статті 368-2 Кримінального кодексу України порушує право особи на справедливий суд, гарантоване частиною першою статті 55 Конституції України.

Відповідно до частини другої статті 62 Конституції України ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні злочину.

Презумпція невинуватості вимагає від держави доказування вини обвинуваченого та звільняє обвинуваченого від тягаря доказування своєї невинуватості. Суть презумпції невинуватості в тому, що визначальним є припущення щодо невинуватості особи. Тому на особу не може бути покладено обов'язок доводити свою невинуватість та наявність обставин, які виключають кримінальну відповідальність. Обов'язок надання доказів вини особи а також спростування доводів її невинуватості покладається на сторону обвинувачення. Тоді як статтею 368-2 Кримінального кодексу України тягар доведення невинуватості покладено на саму особу, закріпивши за нею юридичний обов’язок підтвердити доказами законність підстав набуття нею у власність активів у значному розмірі. Відсутність таких доказів свідчить про незаконність підстав набуття відповідних активів. Таким чином, особі інкримінується незаконне збагачення ще до винесення вироку судом.

Порушення презумпції невинуватості щодо складу незаконного збагачення підтверджується також презумпцією правомірності набуття права на майно, яка

передбачає, що право власності вважається набутим правомірно, якщо інше прямо не випливає з закону або незаконність набуття права власності не встановлена судом (стаття 328 Цивільного кодексу України).

Згідно з частиною третьою статті 62 Конституції України обвинувачення не може ґрунтуватися на припущеннях. Однак, з аналізу змісту статті 368-2 Кримінального кодексу України вбачається, що наявність у особи уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, активів у значному розмірі вже є достатньою підставою для обвинувачення особи у незаконному збагаченні. Тоді як таке обвинувачення грунтується лише на припущеннях незаконності підстав набуття у власність активів у значному розмірі, адже сама особа має підтвердити доказами законність підстав набуття нею активів у значному розмірі. При цьому, сам факт незаконного (злочинного) набуття особою у власність активів у значному розмірі не встановлений і не доведений.

Отже, стаття 368-2 Кримінального кодексу України, яка встановлює відповідальність за незаконне збагачення на основі припущення незаконності підстав набуття активів у значному розмірі, суперечить частині третій статті 62 Конституції України.

Законодавчим визначенням складу незаконного збагачення у статті 368-2 Кримінального кодексу України в Україні фактично на законодавчому рівні запроваджено презумпцію винуватості, за якою кримінально караним є певний суспільний стан особи (наявність майна у значному розмірі), і за якою може застосовуватися об'єктивне ставлення у вину (притягнення до кримінальної відповідальності можливе за відсутності вини – відповідного суб'єктивного ставлення особи до діяння та його наслідків).

Згідно з Конституцією України Україна є демократична, правова держава (стаття 1); права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави, а утвердження і забезпечення прав і свобод людини є її головним обов'язком (частина друга статті 3); Конституція України має найвищу юридичну силу; закони та інші нормативно-правові акти

приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй (частина друга статті 8); конституційні права і свободи гарантуються і не можуть бути скасовані (частини друга статті 22); конституційні права і свободи людини і громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією України (частина перша статті 64).

Зазначені конституційні норми гарантують конституційні права і свободи, а також передбачають неможливість їх обмеження та скасування. Оскільки, стаття 62 Конституції України передбачає презумпцію невинуватості, її частина друга звільняє особу від обов'язку доводити свою невинуватість, а частина третя цієї статті забороняє ґрунтувати обвинувачення на припущеннях, то стаття 368-2 Кримінального кодексу України з наведених вище підстав суперечить статтям 1, 3, частині 2 статті 8, частинам першій, другій, третій статті 62, статті 64 Конституції України.

Слід також зазначити, що на неконституційності статті 368-2 Кримінального кодексу України в аспекті порушення конституційно визначеної презумпції невинуватості наголошувалося у висновку Головного науково-експертного управління Верховної Ради України на проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції» (реєстр. № 1660-1 від 09.01.2015р.) та зауваженнях Головного юридичного управління Верховної Ради України до проекту Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції» (реєстр. № 1660-д від 30.01.2015р.), якими пропонувалися відповідні редакції статті 368-2 Кримінального кодексу України. Зокрема, зазначено, що з запропонованої редакції статті 368-2 Кримінального кодексу України вбачається, що особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, чи близькі особи, повинні будуть доказувати факт законності набуття активів у «значному розмірі» задля того, щоб їх не звинуватили у вчиненні такого

злочину, як незаконне збагачення; такий законодавчий підхід не враховує приписи статті 62 Конституції України щодо гарантії презумпції невинуватості особи у вчиненні злочину, відповідно до якої особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду; при цьому ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні злочину.

2. Визначене статтею 368-2 Кримінального кодексу України поняття незаконного збагачення переплітає два конституційних права особи, передбачені статтями 62 та 63 Конституції України. Адже законодавчі приписи статті 368-2 Кримінального кодексу України фактично зобов'язують особу до двох взаємопов'язаних дій: 1) давати свідчення (за наявності конституційного права не свідчити щодо себе та близьких родичів); 2) доводити законність своїх дій (за існування принципу презумпції невинуватості).

Згідно з частиною першою статті 63 Конституції України особа не несе відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів, коло яких визначається законом. Ця конституційна норма є гарантією свободи особи від самозвинувачення, викриття членів сім`ї чи близьких родичів.

Свобода особи від самозвинувачення передбачає, насамперед, можливість здійснення нею вільного вибору стосовно того, надавати чи не надавати інформацію щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів. Така свобода ґрунтується на диспозитивності і виключає імперативність та будь-які форми примусу, в тому числі шляхом встановлення імперативного обов'язку надавати показання, інші докази.

Це означає, що будь-яка особа має конституційно гарантоване право погодитися чи відмовитися давати показання та пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів, без негативних наслідків – юридичної відповідальності – за таку відмову. Виключення юридичної відповідальності за

відмову давати показання та пояснення щодо себе, членів сім`ї чи близьких родичів є важливою гарантією захисту від незаконного тиску на особу з метою змусити своїми показаннями створити підставу для притягнення її до відповідальності.

Водночас, стаття 368-2 Кримінального кодексу України сформульована таким чином, що змушує особу давати свідчення щодо себе і своїх родичів. Якщо особа, стосовно якої розслідується кримінальна справа за статтею 368-2 Кримінального кодексу України, не доведе доказами законність підстав набуття у власність активів у значному розмірі, то вона буде притягнена до кримінальної відповідальності за незаконне збагачення. Адже за змістом статті 368-2 Кримінального кодексу України відсутність таких доказів визнається безумовним доведенням незаконності їх набуття. Таким чином, положення статті 368-2 Кримінального кодексу України змушують особу свідчити щодо себе (а її родичів – щодо неї), щоб запобігти кримінальній відповідальності за незаконне збагачення. **Тому існуюче законодавче визначення незаконного збагачення прямо суперечить приписам частини першої статті 63 Конституції України.**

3. Відповідно до пунктів 1, 3 частини другої статті 129 Конституції України основними засадами судочинства є: рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом; змагальність сторін та свобода в наданні ними суду своїх доказів і в доведенні перед судом їх переконливості.

Всупереч зазначеним конституційним засадам судочинства положеннями статті 368-2 Кримінального кодексу України тягар доказування законності підстав набуття активів у значному розмірі покладено на особу. Це порушує встановлені Конституцією України основні засади судочинства, що нерозривно пов'язані з реалізацією особою права на судовий захист, гарантованого статтею 55 Конституції України з огляду на таке.

У Рішенні Конституційного Суду України № 1-р від 23 листопада 2017 року зазначено, що відповідно до частини першої статті 55 Конституції України

права і свободи людини і громадянина захищаються судом. Найважливішою ознакою суду є його незалежність та безсторонність, а однією з основних засад судочинства є рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом (пункт 1 частини другої статті 129 Конституції України) (абзац сьомий пункту 5 мотивувальної частини).

Процесуальна рівність забезпечує гарантії доступності до правосуддя та реалізації права на судовий захист, закріпленого в частині першій статті 55 Конституції України. Ця засада судочинства є похідною від загального принципу рівності громадян перед законом, визначеного частиною першою статті 24 Основного Закону України, і стосується, зокрема, сфери судочинства. Рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом передбачає єдиний правовий режим, який забезпечує реалізацію ними своїх процесуальних прав.

У Рішенні Конституційного Суду України від 12 квітня 2012 року № 9-рп/2012 (справа про рівність сторін судового процесу) зазначено, що рівність та недопустимість дискримінації особи є не тільки конституційними принципами національної правової системи України, а й фундаментальними цінностями світового співтовариства, на чому наголошено у міжнародних правових актах з питань захисту прав і свобод людини і громадянина, зокрема у Міжнародному пакті про громадянські і політичні права 1966 року (статтях 14, 26), Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року (статті 14), Протоколі № 12 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року (статті 1), ратифікованих Україною та у Загальній декларації прав людини 1948 року (статтях 1, 2, 7); гарантована Конституцією України рівність усіх людей в їх правах і свободах означає необхідність забезпечення їм рівних правових можливостей як матеріального, так і процесуального характеру для реалізації однакових за змістом та обсягом прав і свобод (підпункт 2.2 пункту 2 мотивувальної частини).

На необхідності забезпечення учасникам судового процесу рівних правових можливостей неодноразово наголошувалося у рішеннях Європейського суду з прав людини.

Зокрема, Європейський суд з прав людини зазначав, що принцип рівності сторін у процесі – у розумінні «справедливого балансу» між сторонами вимагає, щоб кожній стороні надавалася розумна можливість представити справу в таких умовах, які не ставлять цю сторону у суттєво невигідне становище відносно другої сторони (рішення Європейського суду з прав людини у справах «Домбо Бехеєр проти Нідерландів» від 27 жовтня 1993 року, «Анкерль проти Швейцарії» від 23 жовтня 1996 року. У рішенні Європейського суду з прав людини від 15 травня 2008 року у справі «Надточій проти України» також наголошується на процесуальній рівності учасників судового процесу і зазначається: «Суд нагадує, що принцип рівності сторін – один із складників ширшої концепції справедливого судового розгляду – передбачає, що кожна сторона повинна мати розумну можливість представляти свою сторону в умовах, які не ставлять її в суттєво менш сприятливе становище у порівнянні з опонентом» (п.26).

Принцип змагальності забезпечує у судовому розгляді рівні можливості особам, які беруть в ньому участь у поданні доказів, у вільному викладенні своїх доводів, тлумаченні фактів, подій, доказів. Невід'ємною умовою змагальності є рівноправність сторін.

Свобода в наданні учасниками судового процесу доказів і доведенні їх переконливості перед судом є диспозитивною і надає сторонам можливість різноманітних варіантів поведінки у судовому процесі. Учасники судового процесу користуються своїми процесуальними правами на власний вибір так, щоб максимально ефективно реалізувати свою функцію у судовому процесі.

З огляду на вищевикладене, рівність усіх учасників судового процесу передбачає рівні права та їх обов'язки, в тому числі рівність в обов'язку доказування. Змагальність сторін та свобода в наданні ними суду своїх доказів і в доведенні перед судом їх переконливості передбачає диспозитивне право

учасника судового процесу на підтвердження доказами відповідних обставин, реалізація якого здійснюється за власним волевиявленням та розсудом учасника судового процесу.

Проте, стаття 368-2 Кримінального кодексу України покладає саме на обвинуваченого обов'язок доводити законність підстав набуття у власність активів у значному розмірі, тим самим ставить сторону обвинувачення у привілейоване становище в порівнянні зі стороною захисту. В разі неподання обвинуваченим вказаних доказів особа може бути визнана винною у незаконному збагаченні та понести відповідальність за це.

Таким чином, стаття 368-2 Кримінального кодексу України нівелює гарантовані пунктами 1, 3 частини другої статті 129 Конституції України основні засади судочинства: рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом та виключає змагальність сторін та свободу в наданні ними суду своїх доказів і в доведенні перед судом їх переконливості.

4. Варто також зазначити, що стаття 368-2 Кримінального кодексу України містить юридичні конструкції, які чітко не визначають і не дозволяють однозначно встановити, які саме підстави набуття активів маються на увазі і повинні підтверджуватися доказами.

Відповідно до статті 328 Цивільного кодексу України, яка визначає підстави набуття права власності, право власності набувається на підставах, що не заборонені законом, зокрема із правочинів; право власності вважається набутим правомірно, якщо інше прямо не випливає із закону або незаконність набуття права власності не встановлена судом.

З огляду на зазначене, підставою набуття у власність рухомого чи нерухомого майна є правочин. В цьому випадку незрозуміло, яким чином ще повинна підтверджуватися законність набуття такого майна у власність, якщо щодо підстави набуття такого активу – правочину – завжди буде діяти презумпція правомірності, а саме: правочин вважатиметься правомірним, доки

він не буде визнаний судом недійсним або його недійсність буде прямо встановлена законом.

Системний аналіз положень статті 368-2 Кримінального кодексу України, залишає неясною і неоднозначною диспозицію, покладену в основу цієї статті, і не дозволяє забезпечити її чітку визначеність і доступність до сприйняття, оскільки незрозуміло, які саме підстави маються на увазі і які саме докази повинні підтверджувати законність отримання у власність грошових коштів і іншого майна, а також передачу їх іншим особам.

Подібний законодавчий підхід порушує конституційно визначений Конституцією України принцип верховенства права (частина перша статті 8) і не враховує правових позицій Конституційного Суду України, у рішеннях якого неодноразово наголошувалося, що визначальними елементами верховенства права є принципи правової визначеності, ясності і недвозначності правової норми, оскільки інше не може забезпечити її однакове застосування, не виключає необмеженості трактування у правозастосовній практиці та неминуче приводить до сваволі (підпункт 5.4 пункту 5 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 22 вересня 2005 року № 5-рп/2005 (справа про постійне користування земельними ділянками); підпункт 4.2 пункту 4 Рішення Конституційного Суду України від 22 грудня 2010 року № 23-рп/2010 (справа про адміністративну відповідальність у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху).

У Рішенні Конституційного Суду України від 29 червня 2010 року № 17-рп/2010 зазначено, що принцип правової визначеності означає, що обмеження основних прав людини та громадянина і втілення цих обмежень на практиці допустиме лише за умови забезпечення передбачуваності застосування правових норм, встановлюваних такими обмеженнями. Тобто обмеження будь-якого права повинне базуватися на критеріях, які дадуть змогу особі відокремлювати правомірну поведінку від протиправної, передбачати юридичні наслідки своєї поведінки (підпункт 3.1 пункту 3 мотивувальної частини).

На необхідності дотримання принципу правової визначеності наголошується в Звіті Європейської комісії «За демократію через право» (Венеціанська комісія) щодо верховенства права від 28 березня 2011 року № 512/2009, а саме: «концепція верховенства права разом з концепцією демократії та прав людини утворює три стовпи Ради Європи та є схваленою у преамбулі Європейської конвенції з прав людини. Цей принцип також закріплено у низці міжнародних документів щодо прав людини. Однією з ключових рис верховенства права є те, що жодна людина не може зазнавати покарання, окрім як у випадку явного порушення закону, який повинен забезпечувати визначеність та передбачуваність, щоб ним могли керуватися громадяни при виконанні дій чи здійсненні будь-яких операцій, і який не повинен дозволяти карати особу ретроспективно. Там де має місце дискреція, є простір для свавільності…Держава повинна зробити текст закону доступним, вона також зобов'язана поважати та застосовувати передбачувано та добросовісно закони, які вона ввела в дію. Передбачуваність серед іншого означає, що він має бути сформульований з достатньою точністю, щоб дозволити індивіду регулювати свою поведінку. Правова визначеність вимагає, щоб юридичні норми були чіткими та точними, і спрямованими на забезпечення передбачуваності ситуацій та правовідносин. Зворотна дія також суперечить принципу правової визначеності, оскільки суб'єкти права повинні знати наслідки своєї поведінки. Парламенту не може бути дозволено обходити основоположні права за допомогою неоднозначних законів» (п.п.1, 2, 9, 36, 42, 44, 46, 47).

У рішенні Європейського суду з прав людини від 23 жовтня 2008 року у справі «Солдатенко проти України» зазначається, що якість закону означає, що у випадку, коли національний закон передбачає можливість позбавлення свободи, такий закон має бути достатньо доступним, чітко сформульованим і передбачуваним у своєму застосуванні – для того, щоб виключити будь-який ризик свавілля (п.111).

5. З диспозиції статті 368-2 Кримінального кодексу України вбачається, що незаконне збагачення є наслідком вчинення особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, певного злочину, за який винну особу може бути притягнено до кримінальної відповідальності. По суті, кримінальна відповідальність за незаконне збагачення є повторною відповідальністю за діяння, яке стало джерелом такого збагачення.

Відповідно до частини першої статті 61 Конституції України ніхто не може бути двічі притягнений до юридичної відповідальності одного виду за одне й те саме правопорушення.

Конституція України закріплює загальновизнаний принцип «non bis in idem» (двічі за одне й те саме не карають), який лежить в основі багатьох міжнародних правових актів.

У Міжнародному пакті про громадянські та політичні права передбачено, що ніхто не повинен бути вдруге засуджений чи покараний за злочин, за який він уже був остаточно засуджений або виправданий відповідно до закону і кримінально-процесуального права кожної країни (пункт 7 статті 14). Аналогічного змісту правове положення міститься і в статті 4 Протоколу № 7 від 22 листопада 1984 року до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, згідно з якою нікого не може бути вдруге притягнено до суду або покарано в порядку кримінального провадження під юрисдикцією однієї і тієї самої держави за правопорушення, за яке його вже було остаточно виправдано або засуджено відповідно до закону та кримінальної процедури цієї держави.

Також на неможливість бути покараним двічі вказує і практика Європейського суду з прав людини. Зокрема, у рішенні Європейського суду з прав людини від 07 червня 2007 року у справі «Сергій Золотухін проти Росії» зазначається, що стаття 4 Протоколу № 7 мусить сприйматись у тому сенсі, що вона забороняє переслідувати чи судити одну особу за друге правопорушення, якщо останнє походить із тих самих фактів або фактів, що по суті є такими ж, як і ті, по яких мало місце перше правопорушення.

З урахуванням наведеного, положення статті 368-2 Кримінального кодексу України, завдяки яким допускається можливість притягнення особи до кримінальної відповідальності двічі – за незаконні діяння, які стали підставою для набуття у власність активів у значних розмірах (тобто за незаконність підстав набуття активів у значних розмірах) та за набуття активів у значних розмірах на таких підставах, – суперечить частині першій статті 61 Конституції України.

6. Відповідно до статті 58 Конституції України закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи. Ніхто не може відповідати за діяння, які на час їх вчинення не визнавалися законом як правопорушення.

Закріплений в Конституції України принцип неприпустимості зворотної дії в часі законів та інших нормативно-правових актів повністю узгоджується з міжнародно-правовими актами, зокрема Міжнародним пактом про громадянські та політичні права (стаття 15), Конвенцією про захист прав і основних свобод людини (стаття 7).

В цьому контексті слід зазначити, що Конституційний Суд України неодноразово вказував на незворотність дії закону у часі як важливу конституційну гарантію прав людини і громадянина, підкреслюючи, що кримінально-правова норма має зворотну дію в часі в тій її частині, в якій вона пом’якшує або скасовує відповідальність особи; це стосується випадків, коли в диспозиції норми зменшено коло предметів посягання; виключено із складу злочину якісь альтернативні суспільно-небезпечні наслідки; обмежено відповідальність особи шляхом конкретизації в бік звуження способу вчинення злочину; звужено зміст кваліфікуючих ознак тощо» (пункт 3 Рішення Конституційного Суду України від 19 квітня 2000 року у справі № 6-рп/2000 (справа про зворотну дію кримінального закону в часі). В інших випадках дія закону не зворотна.

На незворотності дії юридичних норм наголошується також в Звіті Венеціанської комісії щодо верховенства права від 28 березня 2011 року № 512/2009, де зазначено, що зворотна дія (юридичних норм) також суперечить принципові юридичної визначеності, принаймні у кримінальному праві (стаття 7 ЄКПЛ), позаяк суб'єкти права повинні знати наслідки своєї поведінки.

Проте, диспозиція, закладена в основу статті 368-2 Кримінального кодексу України, дозволяє поширити дію цієї статті на правовідносини, які існували до набрання чинності цим положенням. Оскільки, момент набуття у власність активів та момент отримання (виникнення) підстав для набуття таких активів є розведеними у часі. При цьому, останній завжди передує набуттю активів у власність. Особа, набуваючи у власність активи у значних розмірах, до запровадження кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, не могла знати про необхідність у майбутньому підтвердження законності підстав набуття такої власності чи її передачі. Докази законності підстав набуття у власність грошей чи майна могли не зберегтися, адже особа не могла передбачити можливість настання кримінальної відповідальності за не доведення законності підстав набуття у власність активів у значних розмірах чи їх передачу.

Отже, стаття 368-2 Кримінального кодексу України, яка дозволяє поширити свою дію на діяння, скоєні до набрання нею чинності, суперечить статті 58 Конституції України.

Підсумовуючи викладене слід зазначити, що оспорювана стаття 368-2 Кримінального кодексу України не узгоджується і з положеннями Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 31 жовтня 2003 року, оскільки відповідно до статі 20 Конвенції про незаконне збагачення чітко передбачено, що за умови дотримання своєї конституції та основоположних принципів своєї правової системи кожна Держава-учасниця розглядає можливість вжиття таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочином умисне незаконне збагачення, тобто значне збільшення активів

державної посадової особи, яке перевищує її законні доходи і які вона не може раціонально обґрунтувати. Це означає, що вжиття заходів для визнання злочином незаконного збагачення передусім повинно здійснюватися з дотриманням конституції та основоположних принципів правової системи відповідної держави-учасниці. Проте, визнання злочином незаконного збагачення за статтею 368-2 Кримінального кодексу України здійснене без дотримання Конституції України, всупереч численній кількості її положень та основоположним принципам правової системи нашої держави.

Враховуючи наведене у конституційному поданні обґрунтування, положення статті 368-2 Кримінального кодексу України, яка встановлює кримінальну відповідальність за незаконне збагачення, суперечить окремим положенням статей 1, 3, 8, 58, 61, 62, 63, 64, 129 Конституції України.

Враховуючи те, що Конституція України має найвищу юридичну силу, а закони та інші нормативно-правові акти повинні відповідати їй (частина друга, третя статті 8 Конституції України), відповідно до статей 147, 150, 152 Конституції України, пункту 1 частини першої статті 7, пункту 1 частини першої, частини другої статті 51, статті 52 Закону України «Про Конституційний Суд України»,

ПРОСИМО:

1. Відкрити конституційне провадження у справі за конституційним поданням щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального Кодексу України.

2. Зважаючи на те, що метою даного конституційного подання є забезпечення дотримання основоположних прав і свобод людини і громадянина, недопущення зловживання гарантіями їх захисту, упередження негативних наслідків від застосування неконституційних положень, – визнати конституційне провадження за цим конституційним

поданням невідкладним і розглянути його в межах місячного строку, встановленого статтею 75 Закону України «Про Конституційний Суд України».

3. Визнати такою, що не відповідає Конституції України (є неконституційною) статтю 368-2 Кримінального кодексу України.

4. Залучити до участі в конституційному провадженні представників суб'єкта права на конституційне подання:

народного депутата України **Пинзеника Павла Васильовича,** (посв. № 049)

(відомості про представника: адреса: 01008, Україна, м. Київ, вул. Грушевського, 5, телефон +38 (044) 255-44-99, адреса електронної пошти: Pynzenyk.Pavlo@rada.gov.ua);

адвоката - **Федоришина Олександра Олександровича,**

(відомості про представника: адреса: 04119, Україна, м. Київ, Шевченківский р-н., вул. Деревлянська (Якіра), 8, оф. 64; моб. тел. . , адреса електронної пошти: ol.fedoryshyn@gmail.com);

адвоката - **Губерського Анатолія Станіславовича,**

(відомості про представника: адреса: 02099, Україна, м. Київ, Дарницький р-н., вул. Російська 58, літера А, кв. 116; моб. тел. адреса електронної пошти: Aguberskiy@i.ua);

адвоката - **Живаго Олександра Леонідовича,**

(відомості про представника: адреса: 01032, Україна, м. Київ, Голосіївський р-н., вул. Саксаганського 69, оф. 17; моб. тел. адреса електронної пошти: alexzivago@yahoo.com).

Конституційне подання і додатки подаються в 3-х примірниках.

Додатки:

1. Витяг з Конституції України.
2. Витяг із Загальної декларації прав людини.
3. Витяг з Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

4. Витяг з Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції.
5. Витяг з Міжнародного пакту про громадянські і політичні права.
6. Витяг з Першого Протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.
7. Витяг з Протоколу № 7 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод
8. Витяг з Протоколу № 12 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.
9. Витяг з Кримінального кодексу України.
10. Витяг з Цивільного кодексу України.
11. Витяг із Закону України «Про Конституційний Суд України».
12. Рішення Конституційного Суду України від 19 квітня 2000 року у справі № 6-рп/2000.
13. Рішення Конституційного Суду України від 02 листопада 2004 року № 15-рп/2004.
14. Рішення Конституційного Суду України від 11 листопада 2004 року № 16-рп/2004.
15. Рішення Конституційного Суду України від 22 вересня 2005 року № 5-рп/2005.
16. Рішення Конституційного Суду України від 29 червня 2010 року № 17-рп/2010.
17. Рішення Конституційного Суду України від 22 грудня 2010 року № 23-рп/2010.
18. Рішення Конституційного Суду України від 12 квітня 2012 року № 9-рп/2012.
19. Рішення Конституційного Суду України від 23 листопада 2017 року № 1-р/2017.
20. Рішення Європейського суду з прав людини у справах «Домбо Бехеєр проти Нідерландів» від 27 жовтня 1993 року, заява № 14448/88.

21.Рішення Європейського суду з прав людини по справі «Анкерль проти Швейцарії» від 23 жовтня 1996 року, заява № 17748/91.

22.Рішення Європейського суду з прав людини від 07 червня 2007 року у справі «Сергій Золотухін проти Росії», заява № 14939/03.

23.Рішення Європейського суду з прав людини від 15 травня 2008 року у справі «Надточій проти України», заява № 7460/03.

24.Рішення Європейського суду з прав людини від 23жовтня 2008 року у справі «Солдатенко проти України», заява № 2440/07.

25.Витяг зі Звіту Європейської комісії «За демократію через право» (Венеціанська комісія) щодо верховенства права від 28 березня 2011 року № 512/2009.

26.Висновок Головного науково-експертного управління Верховної Ради України на проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції» (реєстраційний № 1660-1 від 09.01.2015р.).

27.Зауваження Головного юридичного управління Верховної Ради України до проекту Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції» (реєстраційний № 1660-д від 30.01.2015р.).

Додаток до конституційного подання щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України

№п/п	Прізвище, ім'я та по батькові народного депутата України	Номер посвідчення	Підпис
1	Сольвар Руслан Миколайович	295	
2	Шинькович Андрій Васильович	387	
3	Кірш Олександр Вікторович	367	
4	Лесюк Тимофій Геннадійович	332	
5	~~Шипко А.Ф.~~	~~250~~	
6	Святаш Д.В.	368	
7	~~[illegible] З.М.~~	~~375~~	
8	Бобов Г.Б.	394	
9	Ільюк А.О.	326	
10	Гуляєв В.О.	338	
V 11	Кулініч О.І.	345	
12	Негой Ф.Ф.	384	
13	Пинзеник П.В.	049	
14	Єдаков Я.О.	445	
15	Стеценко Д.О.	426	
16	Павлов К.Ю.	246	
17	Колесніков Д.В.	180	
18	Гальченко А.В.	247	
19	Кириш І.М.	179	
20	Бахтеєва Є.К.	234	

18/вісімнадцять/підписів

21	Сочко Сергій Миколайович	265
22	Поляков Максим Анатолійович	039
23	Хоролівська Н. Ю	167
24	Кабаєва Тетяна Дмитрівна	168
25	Бондар Віктор Васильович	389
26	Ніколенко Олексій Іван...	184
27	Шурма Ігор Михайлович	186
28	Березкін С. С	384
29	Гісс А. І	340
30	Ященко В В	019
31	Гриценко Г.В	047
32	Кремінь Т. А	057
33	[illegible] А В	460
34	Горбунов О.В.	041
35	Кисельський М. І.	034
36	Данілін В. Ю	459
37	Гришин О. Ю.	249
38	Козир Б. Ю.	325
39	Андрієвський Д.І	120
40	[illegible] О.С	052
41	[illegible] В. А	062
42	Дейдей Є. С.	002

2/двадцять два/підписи

Додаток до конституційного подання щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України

43	Шкварилюк В. В.	025
44	Дирів А.Б.	290
45	[illegible]	[illegible]
46	Заставний Р.Й	031
47	Вознюк Ю.В	351.
48	[illegible]	[illegible]
49	[illegible] В.І.	442
50	[illegible] В.П.	[illegible]
51	[illegible]	357
52	Шахтобалов Ю. А	344
53	[illegible]	366
54	[illegible] С.П.	189
55	[illegible] О.П	061
56	[illegible] С. В.	235
57	Ткачук Р. В.	106
58	Палатний А. Л.	008
59	[illegible]	101
60	Велікін О.М	447
61	Шинко А.Ф.	250
62	Всього 59 (п'ятдесят дев'ять) підписів	
63	народних депутатів України.	

Заст. керівника
Управління кадрів
О. Сейян
13.12.17р

[illegible]